

Lucas Cavalcante de Alencar

A Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos e a Convenção 158 da OIT

Monografia apresentada como
requisito para a conclusão da
matéria Monografia III em
UNICEub - FAJS .

Professora Orientadora: Sandra Nascimento

Brasília

2011

Dedico este trabalho à minha noiva, aos meus pais e familiares, que sempre me apoiaram.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a convenção da Organização Internacional do Trabalho 158, que prevê o fim da despedida arbitrária. Discute, principalmente, a sua aplicabilidade no sistema brasileiro, como uma convenção de direitos humanos e, devido à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a supralegalidade de tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional 45 de 2004. Essa Emenda elevou os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil ao *status* de Emenda Constitucional na pirâmide de Kelsen. Os tratados que não foram aprovados pelo quorum exigido pela mesma e que vieram antes da Emenda 45, ganharam lugar na pirâmide logo acima das leis e abaixo da Constituição, ou seja, a supralegalidade. Portanto, neste trabalho é discutido se a referida Convenção se encaixa nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, ainda, se ela representa direitos humanos. Discute-se, também, se a sua retirada do sistema brasileiro por meio de decreto presidencial, como foi o caso, poderia ser considerada inconstitucional, em razão desse novo entendimento do STF. Para tanto será utilizado um sistema de estudo de doutrinas e jurisprudências.

Palavras Chave: Direitos Humanos, Convenção, Tratado, Supralegalidade,

Direito do Trabalho.

GLOSSÁRIO DE ABREVIACÕES

| ABREVIATURAS | SIGNIFICADOS |
|---------------------|--|
| ADI ou ADIn | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| CF | Constituição Federal |
| Contag | Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura |
| CUT | Central Única dos Trabalhadores |
| EC | Emenda Constitucional |
| FGTS | Fundo de Garantia por Tempo de Serviço |
| HC | Habeas Corpus |
| MRE | Ministério das Relações Exteriores |
| OI | Organização Internacional |
| OIT | Organização Internacional de Trabalho |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| RE | Recurso Extraordinário |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

Sumário

| | |
|--|----|
| RESUMO | 4 |
| GLOSSÁRIO DE ABREVIACÕES | 5 |
| INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 1.CONVENÇÕES DIREITOS HUMANOS A LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO..... | 9 |
| 1.1.Sujeitos de direito internacional e a OIT. | 10 |
| 1.2.Principais características dos Tratados. | 15 |
| 2.APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 NO DIREITO BRASILEIRO. | 25 |
| 2.1.Posição hierárquica dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil..... | 29 |
| 2.2.Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos..... | 33 |
| 2.3.Convenção 158 da OIT e sua aplicação no direito brasileiro. | 35 |
| CONCLUSÃO..... | 41 |
| BIBLIOGRAFIA | 44 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo a aplicabilidade no Brasil da Convenção Internacional 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do fim da dispensa arbitrária por parte do empregador. Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004 e recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmada em julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nºs 349703 e 466343 e do HC nº 87585, que proibiu a prisão do fiduciário infiel, as convenções internacionais de direitos humanos chegaram mais perto da Constituição Federal.

No Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, foi mitigada a garantia ao emprego, como se vê pela revogação da estabilidade decenal, concedida aos empregados que se mantinham mais de 10 (dez) anos na mesma empresa. Essa estabilidade assegurava aos trabalhadores a demissão somente por motivo de falta grave e mediante instauração de inquérito judicial. Hoje a legislação assegura o pagamento de indenização aos empregados demitidos sem justa causa, correspondente a 40% (quarenta por cento) sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), depositado ao longo de todo seu tempo de serviço na empresa. E, apesar da nova Constituição estabelecer o princípio da garantia ao emprego, conforme o art. 7^a, inciso I (CF/88), o dispositivo não é autoaplicável, o que o torna dependente da edição de lei complementar, ainda não instituída.

Em 1995, o Governo brasileiro aderiu à Convenção 158 da OIT e em 6 de janeiro de 1996 ela entrou em vigor no país. No entanto, em 20 de dezembro do mesmo ano o

Presidente da República, por meio do Decreto nº 2.100, a retirou de nosso ordenamento jurídico. Todavia, apesar de sua curta vigência, ela ainda repercute no Brasil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1625, ajuizada junto ao STF, em dia 16 de setembro de 1997, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (Cut) contra o decreto que a denunciou, pretende que o judiciário o declare inconstitucional. No dia 03 de junho de 2009, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, proferiu seu voto sobre a matéria, favorável às requerentes, Contag e Cut. Em seu Voto, defendeu que um Tratado que tinha força de lei e foi aprovado tanto pelo legislativo quanto pelo executivo, não poderia ter sido revogado por ato exclusivo do executivo, pois assim feriria, também, a hierarquia das leis.

Defendeu, ainda, que por ser uma Convenção de Direitos Humanos, deveria seguir o entendimento dado a outra de mesma qualidade, que foi julgada anteriormente: a do fiduciário infiel. No julgamento referido, a Corte decidiu que os Tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil antes da EC 45/04, ou seja, aqueles que não foram aprovadas nos moldes de Emendas Constitucionais detêm caráter supralegal, porém infraconstitucional. Isto significa que os Tratados se encontrariam acima de leis e abaixo da Constituição, na pirâmide de Kelsen.

Cabe ainda salientar, que segundo ampla discussão, Tratados que versem sobre normas trabalhistas são considerados como de direitos humanos, como podemos observar no texto do Tratado Internacional de Direitos Humanos, a Declaração Internacional de Direitos Humanos, que em seu artigo 23 assegura ao homem o direito ao trabalho, garantindo, inclusive, a proteção contra o desemprego.

Isto posto, acredita-se que não tardará o retorno da segurança no emprego, ambiente ainda utópico no Brasil para a grande maioria dos trabalhadores, mas não muito distante. O julgamento do STF da ADI anteriormente citada renova as esperanças da classe trabalhadora, ansiosa por uma relação de emprego mais justa, onde os empregadores teriam que justificar a demissão e oferecer aos empregados o direito de defesa garantido pela Constituição Federal a todos os cidadãos brasileiros, proporcionando, assim, mais diálogo entre as partes, e a garantia de uma convivência pacífica e produtiva para ambos.

Contudo, essas justificativas não vão poder ser de escolha do empregador, haja vista que ele deverá respeitar um rol tratado pela Convenção, o que será a maior modificação por ela trazida. Dentre as causas motivadoras estão o comportamento do empregado, a competência e outras que implicam na necessidade de funcionamento da empresa ou do estabelecimento. Juntos esses fatores poderão demonstrar a capacidade do trabalhador para manutenção do emprego.

Neste trabalho, serão abordadas todas as disposições constitucionais e internacionais que poderão trazer a Convenção citada de volta ao nosso ordenamento jurídico. O estudo será realizado de forma teórica, com estudos de doutrina e jurisprudências.

1. CONVENÇÕES DIREITOS HUMANOS A LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.

Antes de tratar do conceito de Convenções, é válido fazer um estudo sobre as terminologias dos Tratados e diferenças entre elas. Segundo Miranda (2009, p. 62), Tratado e Convenção são utilizados de forma geral no direito internacional, porém no direito português eles têm uma diferença: Convenção são quaisquer tratados internacionais e Tratados em sentido estrito, são aqueles solenes, os submetidos a ratificação.

Carta, Constituição ou Estatuto são tratados constitutivos de Organizações Internacionais (OI), ou são utilizados regulando um órgão Internacional. Pactos versam sobre acordos militares ou acordos políticos de grande importância. Acta, geral ou final, são tratados conclusivos de uma conferência ou um congresso internacional de Estados. As Convenções Técnicas são especializadas em caráter técnico, em regra complementar de outro. Protocolo adicional complementam ou modificam outros com matéria política. *Modus Vivendi* são acordos temporários ou provisórios. Compromisso são acordos de resolução arbitral de conflitos. Por fim, Concordata são acordos entre a Santa Sé e Estados. (MIRANDA, 2009, p. 62, 63)

De acordo com REZEK (2008, p. 14, 15, 16), quanto à terminologia que é dada aos tratados, a confusão entre os diferentes nomes dados se encontra no plano internacional e interno. Por exemplo, o tratado constitutivo da OIT se chama constituição, enquanto a de outras organizações se chama carta. As variantes de tratado concebíveis em português são: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e

regulamento. Esses termos são usados livremente e de modo aleatório, mas alguns deles são preferidos para certas situações, como por exemplo, carta e constituição são mais usados para tratados constitutivos de Organizações Internacionais, enquanto ajuste, arranjo e memorando denominam tratados bilaterais de menor importância. Apenas o termo concordata tem significado único: diz respeito a tratados bilaterais feitos com a Santa Sé e que tem por objetivo a organização do culto.

Observa-se que tratado e convenção são postos de maneira geral como sinônimos, sabendo disso, é possível adentrar no estudo conceitual dos mesmos. “Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (REZEK, 2008, p. 14). Para Miranda, “Por tratado ou convenção internacional entende-se um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivos de direitos e deveres ou de outros efeitos nas relações entre eles.” (MIRANDA, 2009, p. 57)

1.1. Sujeitos de direito internacional e a OIT.

Para tratar de Tratados, é pertinente a conceituação dos sujeitos de direito internacional, quais sejam os Estados e as Organizações Internacionais. Para Rezek (2008, pp. 151, 152) os Estados têm personalidade originária, enquanto as OI tem uma personalidade derivada, como explica o próprio autor:

... O Estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de seres humanos. A organização internacional carece dessa dupla dimensão material. Ela é produto exclusivo de uma elaboração jurídica resultante da vontade conjugada de certo número de Estados. ...

Para conceituar melhor o Estado, Rezek (2008, p. 161) continua:

O Estado, personalidade originária de direito internacional público, ostenta

três elementos conjugados: uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área, e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior.

O Mazzuoli (2006) ressalta, porém, que os Estados não podem ser confundidos com seu povo ou Nação, e precisam de legitimação para atuar nas relações internacionais. Nas sábias palavras de Mazzuoli (2006, p. 159):

O Estado não se confunde com a Nação, com o povo ou com demais grupos de pessoas. Para o direito das gentes a pessoa internacional é o Estado, ainda que em alguns países (e em alguns sistemas jurídicos) se lhe atribua outras denominações não técnicas. Em verdade, o Estado é a organização jurídico-política da Nação, e que lhe dá validade e legitimação para atuar, no plano externo, como sujeito de Direito Internacional Público.

Para esclarecer este ponto, as palavras de Miranda (2009, p. 152) assim asseveram:

A vida internacional que se desenvolveu a partir dos séculos XVI-XVII pretendeu assentar num sistema de Estados livres e iguais, mas nunca foi nem conseguiu ser uma ordem puramente equilibrada de potências soberanas. Por causa das dependências ou interdependências existentes, de direito ou de facto, de certos Estados perante outros, o grau de participação nela sofreu e continua a sofrer variações consideráveis, tanto na Europa como noutros continentes.

Classicamente, revelavam a existência de soberania três direitos dos Estados: o *jus tractuum* ou direito de celebrar tratados, o *jus legationis* ou de receber e enviar representantes diplomáticos e o *jus belli* ou de fazer guerra. Agora, com a proibição da guerra pela Carta das Nações Unidas (art. 2º, nº 4), este último direito é interpretado como mero direito de legítima defesa, individual ou colectiva (art. 51º da mesma Carta). Em contrapartida, acrescenta-se um novo direito, o de reclamação ou de impugnação internacional, destinado à defesa dos interesses dos Estados perante os órgãos políticos e jurisdicionais de entidades internacionais; e autonomiza-se o direito de participação em organizações internacionais, designadamente as de carácter político.

Ora, nem todos os Estados têm ou têm tido capacidade plena de gozo ou de exercício desses direitos e de outros que lhes estejam conexos. Nem todos têm ou têm tido soberania internacional ou soberania plena nesse sentido.

Segundo Rezek (2008, p. 249), as Organizações Internacionais tem sua realidade jurídica adquirida por meio de seu Tratado Constitutivo, como o autor explicou acima. Mas sua personalidade é algo aleatório, encontrado nos tratados constitutivos dos

mesmos. O Rezek afirma que a Organização Internacional de Trabalho (OIT) é uma pioneira nesse sentido:

Exemplo pioneiro, encontrável em meio aos tratados institucionais de maior importância: o art. 39 da Constituição da OIT, que data de 1919 (“A organização Internacional de Trabalho deve possuir personalidade jurídica; ela tem, especialmente, capacidade (a) de contratar, (b) de adquirir bens móveis e imóveis, e de dispor desses bens, (c) de estar em juízo”). (REZEK, 2008, p. 249)

Rezek (2008, p. 250) ainda afirma que não obstante os pactuantes não disporem expressamente em seus tratados constitutivos semelhante proposição, pode se afirmar que este constituiu personalidade jurídica de direito internacional público, caso ele crie órgãos assinalando-lhes competências próprias e demonstrando autonomia em relação aos Estados-Membros. E ainda a própria competência da OI de firmar Tratados é a característica mais marcante de sua personalidade jurídica.

Jorge Miranda (2009, p. 196) conceitua as OI como um agrupamento de sujeitos de Direito Internacional, criados, ordinariamente, por Tratado, para a persecução de determinados fins internacionalmente relevantes, com duração mais ou menos longa, com órgãos próprios, dotados de personalidade internacional e com capacidade correspondente aos seus fins.

Neste mesmo vertice segue o autor Mazzuoli (2006, p. 318), como se observa no trecho a seguir exposto:

Não Existe, em Direito internacional Positivo, uma definição precisa de organização internacional que consiga, de maneira satisfatória, expor o fenômeno em toda sua complexidade. Por Exemplo, a convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações internacionais, de 1986, define organização internacional como “uma organização intergovernamental” (art. 2º, § 1º, alínea i), o que não ajuda muito, tendo em vista a simplicidade conceitual que apresenta. No entanto, a prática de sua formação e funcionamento ao longo dos anos, parece permitir uma definição mais completa e capaz de entender o

fenômeno com mais propriedade.

Assim, para os fins do Direito Internacional Público, pode-se conceituar “organização internacional” como sendo uma associação voluntária de Estados, criada por um convênio constitutivo e com finalidades pré-determinadas, regidas pelas normas do Direito Internacional, dotada de personalidade jurídica distinta da dos seus membros, que se realiza em um organismo próprio, dotado de autonomia específica, possuindo ordenamento jurídico interno e órgãos auxiliares, por meio dos quais realiza os propósitos comuns dos seus membros, mediante os poderes próprios que lhes são atribuídos por estes.

Como todas as entidades coletivas, as OI só podem agir por meio de órgãos, centros autônomos responsáveis pela formação de suas vontades. Esses órgãos possuem quatro elementos, que são a instituição, a competência, o titular e o cargo. Os Titulares desses órgãos não são indivíduos, mas sim os Estados-Membros, entretanto, existem poucos órgãos de OI com membros individuais, como o caso de Secretário-Geral das Nações Unidas. Caso especialíssimo é o da conferência internacional do Trabalho, órgão da OIT, com representação tripartida, por cada Estado, do governo das organizações representativas dos trabalhadores e dos empregadores. (MIRANDA, 2009, pp. 205, 206)

Dois órgãos destacam-se nas OI, a Assembléia Geral, onde todos os Estados se reúnem com uma competência legislativa, e outro que funciona em tempo integral, a Secretaria, responsável pela administração da entidade. Outros órgãos também são encontrados nas OIs como o caso do Conselho permanente, que funciona em situações de urgência, e outros conselhos e órgãos temporários que têm uma utilidade limitada. (REZEK, 2008, pp. 250, 251)

As decisões nas OI são tomadas por votação em assembleias-gerais ou em órgãos congêneres, que representam a vontade conjunta dos Estados-Membros. Assim, apesar da posição dos países membros, a vontade das OIs é independente da vontade dos Estados (MAZZUOLI, 2006, p. 325). Nas OIs, diferente das casas legislativas internas dos países, é rara a aplicação do princípio majoritário, ou seja, um Estado que não votou a favor de

determinado Tratado não se vê obrigado a ele, caso a maioria dos Estados-Membros da OI vote no sentido daquele Tratado. (REZEK, 2008, p. 252)

Porém, as organizações têm maneiras de impor sua vontade sobre os Estados-Membros por meio de sanções. Francisco Rezek (2008, p. 260) diz que a falta aos deveres resultantes de ser um membro pode trazer consequências peculiares que estão previstas pelo tratado constitutivo e são aplicáveis pela própria organização, mediante voto num de seus órgãos. Essas penalidades seriam a suspensão de determinados direitos e a exclusão do quadro.

Também neste sentido versa Mazzuoli (2006, p. 330):

O descumprimento das obrigações assumidas para com a organização internacional pode trazer ao seu Estado-membro consequências das mais diversas, a depender do que dispõe o respectivo acordo constitutivo da organização, por voto dos outros Estados-membros num dos seus órgãos. Normalmente são duas as formas de punição para o Estado faltoso: a suspensão de direitos e a exclusão do Estado dos quadros da organização.

Definidas as OI resta o estudo da Organização responsável pela convenção em epígrafe, a OIT. Ela foi criada após o fim da Primeira Guerra Mundial, pela conferência da Paz, quando foi aprovado o Tratado de Versalhes, e por isso considerada parte da Sociedade das Nações. Todos os 29 Países signatários do Pacto de Paz tornaram-se membros fundadores, sendo o Brasil um deles, hoje a OIT possui 183 países membros. Suas convenções possuem status de Tratados de Direitos humanos, pois versam sobre direito essenciais à condição humana. (GURGEL, 2010, pp. 103, 104)

Yara Gurgel explicita muito bem em suas palavras a composição da OIT:

A busca pelo patrocínio do diálogo social entre os autores sociais se traduz na própria estrutura da OIT: o tripartismo. Os órgãos colegiados são constituídos por representantes dos empregados, empregadores e governo.

Com isso, as normas internacionais da Organização do Trabalho – Convenções e Recomendações –, adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, são fruto do equilíbrio de interesses antagônicos, sem perder de vista o mínimo essencial à vida digna e ao fenômeno da globalização. (GURGEL, 2010, p. 104)

Esgotado o estudo sobre as pessoas de direito internacional pertinentes, passa-se ao estudo dos Tratados firmados por estes.

1.2. Principais características dos Tratados.

“Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (REZEK, 2008, p. 14). Ainda segundo Rezek (2008, p.14), os tratados têm livre conteúdo, podendo falar desde normas de direito à classificação de marcas de origem de vinhos e queijos.

Segundo os autores Mazzuoli (2006) e Rezek (2008) o primeiro Tratado data de 1280 e 1272 a.C., referente a um acordo de paz, comércio, aliança, migração e extradição entre o Egito do Faraó Ramsés II e os Hititas de Hatusil III. Desde então, os Tratados foram se baseando em costumes e foram tomando proporções maiores, através dos Tratados multilaterais. No século XX (REZEK, 2008, p. 12), surgem dois fatos novos: a entrada de Organizações Internacionais no primeiro pós-guerra, aumentando o rol das pessoas jurídicas que poderiam firmar Tratados; e a codificação dos direitos dos Tratados, significando que suas regras costumeiras passariam a ser regras convencionais, escritas e expressas, no corpo do Tratado.

Em 1928, em Havana, celebrou-se uma convenção sobre Tratados, e vinte anos depois começou nas Nações Unidas o debate sobre o tema. Então, surgiu a Convenção de Viena de 1969, sobre os direitos dos Tratados, que envolveu 110 países, embora apenas 32 tenham firmado o documento naquela data. Apenas depois de 10 anos o quorum exigido pela

própria Convenção foi alcançado e, em 1980, ela entrou em vigor (REZEK, 2008, pp. 11, 12, 13, 14). Porém, a última assertiva do preâmbulo da Convenção declara que ela é insuficiente para regular todos os aspectos dos direitos dos tratados. Ela apenas diz respeito ao vínculo entre Estados, outra Convenção, também celebrada em Viena, versa sobre as relações de Estados e as organizações internacionais, mas esta ainda não entrou em vigor.

A Convenção de Viena, em seu artigo 2º, § 1º, inciso ‘a’, conceitua Tratados e enumera algumas regras para o mesmo: “tratado significa um acordo concluso entre Estados na forma escrita e regido pelas leis internacionais, podendo tomar corpo em um instrumento, ou em dois ou ainda em vários, com designação particular própria” (ONU, 2011). A primeira regra é quanto à forma, que deve ser escrita. A Convenção de Havana sobre o assunto traz em seu artigo 2º: “É condição essencial nos tratados a forma escripta. A confirmação, prorrogação, renovação ou reconducção serão igualmente feitas por escripto, salvo estipulação em contrario.” (MRE, 2011). Sobre o assunto Rezek (2008, pp. 16, 17) elucida:

O tratado é um acordo formal: ele exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. Aí repousa, por certo, o principal elemento distintivo entre tratado e o costume, este último também resultante do acordo entre pessoas de direito das gentes, e não menos propenso a produzir efeitos jurídicos, porém forjado por meios bem diversos daqueles que caracterizam a celebração convencional. Essa formalidade implica, por outro lado, a escritura. O tratado internacional não prescinde da forma escrita, do feitiço documental. A oralidade não é apenas destoante do modelo fixado em 1928 pela convenção de Havana, e retomado em 1969 pela de Viena; ou desajustada ao sistema de registro e publicidade inaugurado pela Sociedade das Nações, herdado pelas Nações Unidas, e assimilado, ainda, por organizações regionais.

Superado o conceito de Tratados e seus agentes, passa-se ao processo de formação e formas de vinculação. Jorge Miranda (2009, p. 68) enumera as fases clássicas do processo de formação do Tratado: 1º a negociação, 2º a assinatura e 3º a ratificação, mas ele continua a explicar que essa realidade mudou. Agora tem-se em primeiro a negociação com assinatura, depois a aprovação e, por último, a ratificação. Já para Rezek (2008, pp. 46, 47,

48, 49), ele divide o processo em duas fases: assinatura e ratificação. Enquanto Mazzuoli (2006, p. 127), divide em quatro fases: sendo duas internacionais e duas internas dos países. A primeira e terceira, internacional, e a segunda e a última, internas, na ordem: Negociação e assinatura; Referendo parlamentar; Ratificação; e Promulgação e publicação.

Como foi visto anteriormente, os capazes de participar dos Tratados são os Estados e as Organizações Internacionais, porém, cabe destacar quem está habilitado a agir em nome delas. Nos Estados, tem a figura do Chefe de Estado, sua capacidade originária não exige qualquer credencial, porém, existem outros que podem representar o Estado, que tanto Rezek (2008) como Mazzuoli (2006) chamam de plenipotenciários, como o Ministro das Relações Exteriores e o Chefe de missões Diplomáticas. E ainda, existem aqueles a quem são outorgados poderes pela carta de “Plenos Poderes”.

Sobre o Chefe de Estado, Rezek (2008, pp. 34, 35) brilhantemente esclarece:

A autoridade do chefe de Estado no domínio da conclusão de tratados internacionais não conhece limites: ele ostenta, em razão do cargo, idoneidade para negociar e firmar acordo, e ainda para exprimir – desde logo, ou mediante ratificação ulterior – o consentimento estatal definitivo. Não vem à cena, neste passo, a questão constitucional doméstica. É notório que mesmo os chefes de Estados presidencialistas costumam ter partilhada com o poder Legislativo a competência para resolver sobre tratados; assim como é sabido que nas nações parlamentaristas o chefe de Estado – presidente ou monarca – nem sequer partilha essa competência, visto que mantido, em regra, à margem do processo decisório. Em ambos os casos, a limitação constitucional de poder não prejudica a plenitude da representatividade exterior.

Dos plenipotenciários, os Ministros de Relações Exteriores e os Chefes de Missões Diplomáticas prescindem da carta de “plenos poderes”. Segundo Rezek (2008, pp. 35, 36), se entende que a eles já foram dados prerrogativas, no momento de sua investida naquela função especializada. Essa garantia de poderes está prevista na Convenção de Viena,

em seu artigo 2º, parágrafo 1º, alínea ‘c’, nela encontramos que “Plenos Poderes” é um documento de uma autoridade competente do Estado designando uma pessoa ou pessoas a representar o Estado nas negociações, adoção ou autenticação o texto do tratado, para expressar o consentimento do estado em aderir ao tratado, ou para realizar qualquer outro ato com respeito a um tratado. (ONU, 2011)

Sobre o assunto, Mazzuoli (2006, p. 129) explica:

O próprio conceito de “plenos poderes” dado pelo art. 2º, § 1º, alínea c, da convenção de 1969 já induz essa idéia. Para o referido dispositivo os plenos poderes consubstanciam-se em documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou varias pessoas para representá-lo na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se pelo mesmo ou para praticar qualquer outro ato a ele relativo. Mas caso o poder conferido a um representante, para manifestar o consentimento de um Estado em obrigar-se por um determinado tratado, tiver sido objeto de restrição específica, o fato de o representante não respeitar a restrição não pode ser invocado como meio para invalidar o consentimento expresse, a menos que tal restrição tenha sido notificada aos outros Estados negociadores antes da manifestação do consentimento, segundo se depreende da regra expressa no art. 47 da convenção de Viena 1969.

Para outros plenipotenciários que não os elencados acima, a carta de plenos poderes, expedida pela autoridade competente do Estado, é exigida. Em caso de a representação do Estado se der por uma delegação ou por um grupo de pessoas, é importante frisar que só será detentor dos plenos poderes o Chefe da Delegação ou Comissão, incumbindo somente a ele, e a mais ninguém, a prática de atos que manifestem a vontade do Estado que representa no cenário internacional.

Segundo as fases do processo dos Tratados, vistas acima, segue-se a ratificação. Apesar dos autores dividirem de maneira diversa as fases, todos concordam em dizer que a ratificação é o aceite internacional. Mas, para expressar tal aceite, devem-se seguir as regras internas de direito para sua aprovação. A Convenção de Viena traz em seu artigo 2º, § 1º alínea ‘b’, a definição de ratificação: “‘Ratificação’, ‘aceitação’, ‘aprovação’ e ‘adesão’ significa em cada caso o ato internacional pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o consentimento a se obrigar a um tratado.” (ONU, 2011)

Nesse sentido confirma Rezek (2008, p. 50) “Ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.” Mazzuoli (2006, p. 131), seguindo o mesmo entendimento exemplifica:

A ratificação. Assinado o tratado pelos plenipotenciários, deve ele ser submetido, no caso brasileiro, à apreciação e aprovação do Poder Legislativo (CF art. 49, inc. I), para que este decida se vai ou não o tratado assinado continuar no trâmite de sua conclusão. Por quê o Poder Legislativo? Porque é no Congresso Nacional que se encontra os representantes do Povo, e sua intervenção no processo de celebração de tratados faz respeitar a regra do art. 1º, parágrafo único, da Constituição, segundo o qual “todo poder emana do povo”. O que o Congresso faz é aprovar ou reprová-lo o tratado aprovado assinado pelo Presidente ou seus plenipotenciários. Uma vez aprovado o tratado pelo Congresso Nacional, retorna ele ao Poder Executivo para sua ratificação, ato administrativo unilateral por meio do qual o Estado, sujeito de Direito Internacional, confirmando a assinatura anteriormente aposta no acordo, aceita de maneira definitiva as obrigações internacionais que assumiu.(...)

Esse entendimento pode ser confirmado pela Convenção de Havana, de 1928, quando ela traz em seu artigo 5º “Os tratados não são obrigatórios, senão depois de ratificados pelos Estados contractantes, ainda que esta clausula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado.” Entretanto, a Convenção de Viena não torna esse entendimento uma regra, pois em seu artigo 11º, ela traz formas diferentes dando mais liberdade aos contratantes: “O consentimento de um Estado a se obrigar a um tratado pode ser por assinatura, troca de instrumentos constituindo um tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por outros meios se assim for acordado.” (ONU, 2011)

Pode-se perceber então, que as maneiras de se obrigar aos Tratados pode se dar de formas diferentes, podendo ser livre a negociação dos mesmos. Jorge Miranda (2009, p. 72) traz essa idéia em suas palavras:

Tirando os tratados sob a forma ultrassimplificada, todos os tratados requerem aprovação pelo órgão Interno competente.

Pelo contrário, nem todos requerem ratificação. Não existe hoje nenhuma regra de Direitos das Gentes a impô-la quanto a certos tratados ou sequer a estipular ou a presumir a sua necessidade em caso de falta de disposição expressa. E bem pode até um tratado configurar-se como tratado solene para uma parte e acordo em forma simplificada para outra parte.

Outra forma de se obrigar aos Tratados, como visto acima, é a adesão ou aceitação, que se trata de uma forma que um Estado que não esteve na negociação de ingressar no rol dos países membros do Tratado. É importante frisar que a adesão é diferente da ratificação. Sobre o assunto faz-se uso das palavras de Mazzuoli (2006, p. 135):

A adesão. Se o Estado não participou das negociações do tratado, nem tampouco o assinou, mas mesmo assim deseja dele se tornar parte, poderá fazê-lo por meio da adesão ou aceitação, que possui natureza jurídica idêntica à ratificação. A adesão consiste na manifestação unilateral de vontade do Estado, que exprime o seu propósito em se tornar parte de determinado tratado, de cuja negociação, no plano internacional, não participou. A mesma prática também vale para as organizações internacionais.

A adesão não se confunde com a ratificação. Nesta, o Estado que participou das negociações do tratado, assinando-o, confirma às outras partes o seu propósito firme e definitivo em obrigar-se pelo pactuado. Naquela, o Estado não participou das negociações do acordo, mas depois de concluído, tem interesse em obrigar-se pelo acordado entre as partes que o negociaram. Apesar de algumas opiniões em contrário, a prática internacional já deixou assente a não-exigência de estar em vigor a fim de tornar possível sua adesão ou aceitação.

Mazzuoli (2006) ainda explica que nem todos os Tratados podem ser aderidos, para tanto o Tratado deve permitir a adesão de outros Estados, ao que se chama de Tratados abertos. Rezek (2008, p. 85) explica também que Tratados bilaterais são fechados quanto à adesão, e que a adesão tem por objeto tratados multilaterais. Rezek ainda explica que por princípio, os Estados aderentes não são distinguidos dos Estados ratificantes. Dentro do quadro convencional, ambos têm as mesmas prerrogativas. “Tratados coletivos normalmente se caracterizam pela paridade dos direitos e obrigações das partes, sem privilégio em favor daquelas que, presentes desde a fase negocial, tenham ingressado em seu domínio jurídico mediante ratificação.” (REZEK, 2008, p. 85)

Para a convenção de Vienna, expresso no artigo 2, numero 1 alinea d , a “Reserva” significa uma declaração unilateral de um Estado quando assina, ratifica, aceita, aprovando ou aderindo a um tratado, que importe na exclusão ou modificação do efeito legal de certas previsões do tratado e sua aplicação a esse Estado. (ONU, 2011)

A reserva, como se pode observar na Convenção de Viena, é a possibilidade de não aceitar parte do Tratado, porém, essa reserva, ainda segundo a Convenção, só pode ser dada caso o Tratado permita ou caso as partes consintam, como expresso no art. 17. Sobre a reserva Rezek (2008, p. 66) afirma:

A reserva pode qualificar tanto o consentimento renunciativo, à hora da assinatura dependente de confirmação, quanto o definitivo, expresso por meio de ratificação ou adesão. No primeiro caso, argumenta-se que a reserva será conhecida dos demais negociadores antes que resolvam sobre a própria ratificação, eliminando o fator surpresa. Como quer que seja, ficará visto que aos demais pactuantes abre-se a possibilidade de objetar à reserva, ainda que formulada por Estado ratificante, ou por Estado aderente.

Sobre o assunto, Mazzuoli (2006, p. 136) esclarece bem as regras da Convenção:

A regra estabelecida pela convenção é que, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou mesmo a ele aderir, todo Estado pode, se lhe convier, formular uma reserva, salvo se: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou c) nos casos não previstos nas letras a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado (Convenção de Viena de 1969, art. 19).

Mazzuoli (2006) complementa que não há reserva em Tratados bilaterais, uma vez que nesses acordos as vontades devem estar em harmonia, então, qualquer manifestação no sentido de reserva seria um desacordo entre as partes. Rezek (2008, pp. 66, 67) faz sua consideração sobre o tema:

A reserva é fenômeno incidente sobre tratados coletivos, ao término de cuja negociação nem todos os Estados partícipes terão apreciado positivamente

cada uma das normas que compõem o texto. Ela é maneira de tornar possível que, entendendo inaceitável apenas parte – em geral mínima, ou quando menos, limitada – do compromisso, possa o Estado, não obstante, ingressar em seu domínio jurídico. Constituem as reservas o colário das naturais insatisfações que, ao término da negociação coletiva em conferência, ter-se-ão produzindo, em relação a aspectos vários do compromisso, numa parte mais ou menos expressiva da comunidade estatal ali reunida. Não se compreende, desse modo, a reserva a tratado bilateral, onde cada tópico reclama o perfeito consenso de ambas as partes, sem o quê a negociação não vai a termo.

(...)

Mesmo entre os tratados multilaterais, alguns há que parecem não comportar reservas por sua própria natureza, e independente de cláusula proibitiva. È o caso dos pactos institucionais e das convenções internacionais do trabalho. Em janeiro de 1952 a Assembléia Geral da ONU adotou resolução exortando todos os Estados a que, no preparo de tratados coletivos, disciplinassem o tema das reservas, proibindo-as, facultando-as ou fixando a exata discriminação entre dispositivos passíveis e impassíveis de sofrer reserva, no contexto convencional.

Por fim, é importante o estudo sobre os modos de extinção dos Tratados, a convenção de Viena de 1969 traz em seu corpo dois artigos de fundamental importância sobre o tema, o artigo 54 que versa sobre a extinção ou retirada de um Tratado em virtude de suas disposições ou por consentimento das Partes. Enumerando as formas de extinção, qual seja: de conformidade com as disposições do tratado ou a qualquer momento, pelo consentimento de todas as partes, após consulta com os outros Estados contratantes. (ONU, 2011)

E o Artigo 56 que trata da denúncia, ou retirada, de um Tratado que não contém disposições sobre extinção. Para tanto devem as partes estarem tencionadas a admitir a possibilidade da denúncia ou retirada ou que possa ser deduzido da natureza do tratado. Entretanto para tal deve a parte notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado. (ONU, 2011)

E o mesmo encontramos na Convenção de Havana 1928, em seu artigo 14, para ela os tratados cessam seu vigor quando for cumprida a obrigação estipulada, decorrido o prazo pelo qual foi celebrado, verificada a condição resolutive, por acordo entre as partes, com a renúncia da parte a quem aproveita o tratado de modo exclusivo, pela denuncia, total

ou parcial, quando proceda, ou quando se torna inexecutável. (MRE, 2011)

Como observado existem vários métodos de extinção de um Tratado, mas pertinente para este trabalho temos a denúncia. Para Rezek (2008, p. 107) a denúncia é ato unilateral, de efeito jurídico inverso a ratificação e a adesão, ou seja, por seu intermédio o Estado manifesta sua vontade de deixar de ser parte do acordo internacional. Sobre o assunto Mazzuoli (2006, p. 147) explicita muito bem em suas palavras:

Denúncia dos tratados. Entende-se por denúncia o ato unilateral pelo qual um partícipe em dado tratado internacional exprime firmemente sua vontade de deixar de ser parte no acordo anteriormente firmado. Difere da abrogação justamente pelo fato de ser levada a efeito unilateralmente por uma determinada parte no tratado, e não pela totalidade delas. Trata-se de forma de extinção do tratado pela vontade unilateral do Estado-parte.

A denúncia por uma das partes no tratado bilateral extingue o acordo entre ambas, ao passo que, nos tratados multilaterais, os termos pactuados deixam de surtir efeito tão somente para o Estado que o denuncia, continuando a vigorar normalmente para os demais Estados-partes.

...

No Brasil a denúncia tem sido formulada por ato do Poder Executivo sem autorização do Poder Legislativo, o que entendemos contrário aos princípios constitucionais. Esta questão veio à tona, pela primeira vez, em 1926, quando, nos últimos meses do governo Artur Bernardes, ficou decidido que o país desligaria da Liga das Nações. Clóvis Beviláqua, à época Consultor Jurídico do Itamaraty, chamado a se pronunciar, entendeu não ser necessária a manifestação do Congresso Nacional para a denúncia de tratados, sendo certo que a partir de então esta sempre foi a tese esposada pelo Poder Executivo no Brasil.

Jorge Miranda (2009, p. 92) sobre o tema diferencia a denúncia de tratados bilaterais e multilaterais. Sobre os tratados bilaterais ele enuncia:

A denúncia tem de estar prevista no próprio tratado. Senão estiver só será lícita quando se tiver estabelecido terem as partes admitido a sua possibilidade ou o direito de denunciar puder ser deduzido da natureza do tratado.

E sobre tratados multilaterais:

Em tratados multilaterais, a denúncia assume a forma de recesso e este pode dar-se também com o consentimento de todas as outras partes.

Por natureza, não é admissível recesso em convenções de codificação e em

convenções respeitantes a situações internacionais objectivas. ...
(MIRANDA, 2009 p. 92)

Vencida todas as regras sobre as convenções internacionais, podemos começar um estudo sobre a aplicabilidade da convenção da OIT 158 no sistema brasileiro. Veremos, a seguir, todas as razões que legitimam essa convenção a vigorar no Brasil, principalmente com foco na supralegalidade adotada pelo STF. Essa teoria, trazida pelo Ministro Gilmar Mendes, será melhor explorada no próximo capítulo, considerando que a convenção se encaixa nos seus termos.

2. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 NO DIREITO BRASILEIRO.

Antes de aprofundar o tema da supralegalidade é oportuno que seja abordada a correlação entre direitos humanos e direito do trabalho, em especial a garantia no emprego, objeto da Convenção 158 da OIT em estudo. Antes de tratar do assunto, vale ressaltar que alguns autores como Mazzuoli (2006) e Miranda (2009) fazem uma distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, para eles a diferença consiste unicamente no âmbito de atuação, sendo a primeira de âmbito internacional e a segunda constitucional.

A correlação entre tais direitos pode ser encontrada na própria Declaração Universal de Direitos Humanos, que sobre o tema declara em seu artigo 23 que todos tem direito a trabalhar, a escolher livremente seu emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e a proteção contra o desemprego. (ONU, 2011)

Rezek (2008, p. 219) lembra que a Declaração de Direitos Humanos 1948, não teve força convencional, era mera resolução da assembléia da ONU. Porém, ensina que em 1966 o Pacto das Nações Unidas sobre direitos civis, políticos, econômicos e sociais conferiu força jurídica convencional aos direitos humanos. O autor recorda que, em 1950, a Europa comunitária já havia adotado a Convenção sobre Direitos do Homem, ocorrendo o mesmo no quadro pan-americano em 1969, com a Convenção Americana sobre Direitos do Homem de São José da Costa Rica.

Francisco Rezek (2008, pp. 219, 220) define a Declaração de 1948 em duas partes, numa primeira parte do artigo 4º ao 21º, como direitos de primeira geração. A

segunda, que começa no artigo 22 e seguintes - parte que importa neste trabalho - como direitos de segunda geração. Sendo a primeira chamada de direitos civis e políticos e a segunda de direitos econômicos sociais e culturais. Existem, ainda, os chamados direitos de terceira geração, que são o direito a paz, ao meio ambiente e outros, porém essa discussão não será aqui enfocada.

Sobre as gerações de direitos humanos Mazzuoli (2006, p. 484) registra que:

Seguindo as lições de Paulo Bonavides, pode-se dizer que os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade *lato sensu*, sendo os primeiros a constarem e os textos normativos constitucionais, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, sob o ponto de vista histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo ocidental. São que têm por titular o indivíduo, sendo, portanto, oponíveis ao Estado (são direitos de resistência ou oposição perante o Estado). Os direitos da segunda geração, nascidos a partir do início do século XX, são os direitos da igualdade *lato sensu*, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. (...)

Ainda segundo Mazzuoli (2006), esse sistema geracional de direitos vem sofrendo diversas críticas, sendo elas a não-correspondência entre elas e o processo histórico de efetivação e solidificação dos direitos humanos, a confusão conceitual no que tange às suas características distintivas de direitos humanos e, também, que tal divisão pode trazer a idéia de sucessão. Assim, para o autor essa idéia mostra uma cumulação, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, o que difere da visão contemporânea fundada na universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionariedade. Carlos Weis (1999 apud Mazzuoli, 2006, p. 485) sobre o assunto diz:

Além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode-se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais já antes citados.

Flávia Piovesan (2010) sobre o tema destaca que os direitos sociais e políticos, assim como os civis, demandam do Estado uma prestação positiva e negativa, sendo equivocada a visão de que os direitos sociais só demandariam uma prestação negativa. Como demonstra no exemplo:

A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo. (PIOVESAN, 2010, p. 16)

Dentre os direitos sociais se encontra o direito do trabalho. E “somente com a valorização do ser humano, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outro e com o respeito de suas diferenças pelo Direito, pela Sociedade e pelo próprio Estado, será possível apreender a dignidade do trabalhador” (GAMBA, 2010, p. 32). Mas para melhor compreender a dignidade do trabalhador destaca-se o brilhante conceito de Ingo Wolfgang Sarle (2007, apud GAMBA, 2010 p. 37):

... temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Juliane Gamba (2010, p. 37) esse entendimento deve acompanhar a dignidade do trabalhador no âmbito do Estado Democrático, protegida integralmente pelo direito. Gamba (2010, p. 47) conclui, portanto, que todos os Estados deveriam procurar a felicidade de seu povo, asseverando que:

Quaisquer Estados deverão sempre pautar suas ações e políticas na busca da

felicidade, que é o bem supremo do seu povo, e a finalidade precípua da Ética, não a dissociando do agir político. Portanto, as escolhas dos Estados, externalizadas mediante ações e políticas públicas, deverão ser norteadas pela consciência e discernimento racionais entre o bem e o mal, uma atuação baseada na mediania a qual a virtude Ética na visão aristotélica.

A partir desses aspectos é necessário verificar se a realidade brasileira das frentes de trabalho objetiva ao bem comum do povo e respeita a dignidade da pessoa humana do trabalhador. (GAMBA, 2010, p. 47)

Contudo, como bem explicita Souto Maior (2004), o maior problema da atualidade é o desemprego, e o desemprego em uma sociedade capitalista destrói a auto-estima, aniquilando o ser humano, além de causar uma série de problemas que atingem a sociedade.

Este problema, evidentemente, está ligado, de forma mais precisa, às políticas de macro-economia, considerando os arranjos comerciais e produtivos em escala mundial.

Todavia, tem também ligação com a forma de regulação das relações de trabalho. A facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem seus empregados provoca uma grande rotatividade de mão-de-obra, que tanto impulsiona o desemprego quanto favorece a insegurança nas relações trabalhistas, e ainda, fragiliza a situação do trabalhador, provocando a precarização das condições de trabalho.

Assim, se o direito do trabalho não pode gerar bens à satisfação do incremento da economia, pode, por outro lado, fixar um parâmetro de segurança e dignidade nas relações de trabalho, que tanto preserve o homem no contexto produtivo quanto, de certa forma, acaba beneficiando as políticas econômicas. (MAIOR, 2004, p. 110)

Desempregado, num mundo capitalista onde bens e serviços são cobrados, fica impossível adquirir até mesmo os bens materiais necessários para a vida humana, nota-se, então, a relação do direito do trabalho com os direitos do homem. Para reduzir esse problema a OIT instituiu o fim da despedida arbitrária por meio da Convenção 158 da OIT. A ideia desse estudo não é a discussão do texto da convenção em si, mas focar o entendimento que a convenção traz:

... a Organização Internacional do Trabalho, mediante a convenção 158 da OIT, de 22 de junho de 1982, tratou de instituir o princípio da nulidade da despedida arbitrária, possibilitando apenas a despedida que fosse socialmente justificada, ou seja, a não arbitrária, relacionada a motivos de ordem subjetiva (capacidade e comportamento) e objetiva (necessidade de

funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço). Seu artigo 4º dispõe que “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”. (RESENDE, 2010, p. 106)

A mesma proteção se encontra na CF/88 no artigo 7º, I, do Capítulo dos direitos fundamentais, que garante proteção a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Ou seja, assim como na esfera internacional, internamente o Direito do Trabalho está respaldado na legislação pátria, pois além de garantir a proteção contra a despedida arbitrária, essa garantia foi incluída no âmbito dos direitos humanos, tanto pelos doutrinadores como pelos legisladores. Isso afasta qualquer dúvida de que as normas do Direito do Trabalho estão voltadas à proteção do trabalho do homem, representando, assim, um tratado de direitos humanos, tal qual a Convenção 158 da OIT.

2.1. Posição hierárquica dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil.

Desde a Constituição Federal de 1988, apareceram diversas interpretações que deram um tratamento diferenciado aos Tratados de direitos humanos, em razão do §2º do seu art. 5º, que diz que os direitos e garantias expressos na CF/88 não excluem outros decorrentes dos Tratados. Essa disposição proporcionou discussão doutrinária e jurisprudencial, também encontrada no direito comparado, quanto ao status normativo dos Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos, dividindo-se em quatro teorias: a) reconhece a natureza supraconstitucional dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos; b) atribui caráter constitucional a esses diplomas; c) reconhece o status de lei ordinária; e d) caráter supralegal. (MENDES, 2010, p. 802)

Segundo Gilmar Mendes (2010, p. 802), no Brasil o autor que adota a primeira vertente é Celso Albuquerque de Mello. No seu entender, os Tratados de direitos humanos têm prevalência sobre as normas constitucionais, ou seja, nem mesmo emenda

constitucional seria capaz de revogar um tratado de Direitos Humanos. Porém, é difícil a adequação dessa tese sobre Estados, como o Brasil, que são regidos por princípios da supremacia formal e material da Constituição. Outro entendimento não permitiria o controle constitucional desses.

Destarte, esta teoria também se verifica na celebração dos Tratados e Convenções que devem não só estar em consonância com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito a seu conteúdo. A igualdade de valores internos e internacionais em matéria de direitos humanos não resolve o problema.

... A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão 'direitos humanos' poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna". (MENDES, 2010 p. 803)

Para Mendes (2010, p. 803), a equiparação entre Tratado e Constituição conflita com a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal (STF), de controle de constitucionalidade desses documentos. Contudo, um Tratado declarado inconstitucional depois de ratificado pode ser visto com maus olhos numa política internacional e, por isso, a necessidade de um controle prévio, que poderia impedir ou desaconselhar a ratificação de um Tratado ou a possibilidade de aceitação com reserva.

A segunda vertente entende o §2º, do art. 5º, da CF/88, como uma cláusula de recepção, concedendo aos Tratados de Direitos Humanos estatura constitucional. De acordo com esta corrente, o §1º do mesmo artigo asseguraria a aplicação imediata dos referidos Tratados, dispensando qualquer intermediação legislativa. Os eventuais conflitos entre os Tratados e a Constituição seriam resolvidos pela norma mais favorável à vítima. Dessa forma pensam Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

Sobre o tema Piovesan (2010, p. 52) registra:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse Processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa Conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Nas palavras, agora, de Augusto Cançado Trindade (1987 apud PIOVESAN, 2010, p. 52):

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas de Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacional quanto constitucionalista.

Para Mendes (2010, p. 806) com a Emenda Constitucional 45/2004, a discussão foi encerrada, pois essa trouxe a incorporação do §3º ao art.5º, o qual dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Com isso, fica claro que os Tratados já ratificados pelo Brasil, que não foram aprovados por quorum especial, não podem ser comparados às normas constitucionais, entretanto, não se pode negar tratamento especial aos Tratados de Direitos Humanos, por disposição do texto acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004. (MENDES, 2010, p. 806)

Contudo, Flávia Piovesan(2010) explica que pela interpretação conferida ao artigo 5º, § 2º da CF/88, os Tratados já teriam hierarquia constitucional e seria mais adequado se o §3º tivesse apenas o endossado. Em suas palavras:

... na tese de que o novo dispositivo do art. 5º, §3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fossem aprovados pela elevado quorum de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter status formal de norma constitucional tão somente pelo procedimento de sua aprovação. (PIOVESAN, 2010, p. 78)

Maiores detalhes encontramos nas palavras de Jorge Miranda (2009, p. 140), outro teórico que adota esta vertente:

O § 3º, aditado ao art. 5º da Constituição pela Emenda nº 45, de 2004, tem levantado não poucas perplexidades, por, em certa leitura, contradizer o § 2º, vindo do legislador constituinte originário. Esta já daria valor constitucional aos tratados de direitos do homem e agora estar-se-ia a impor uma exigência exorbitante, de dupla maioria qualificada nas duas Câmaras do Congresso, para que pudesse adquirir esse valor.

Em nossa opinião, não há qualquer contradição e, muito menos, inconstitucionalidade. Tudo está em deslindar o alcance de um e outro parágrafo.

...

Simplesmente, esses direitos – desde que participem da jus fundamentalidade, por conexos com a idéia de Direito da Constituição –, vindos de tratados (e em Portugal, outrossim, de lei) são apenas direitos materialmente constitucionais. Não direitos formalmente constitucionais.

A terceira teoria perdeu força com essa emenda. Seus seguidores acreditavam que os Tratados de direitos humanos seriam equivalentes às leis ordinárias. O STF mantinha essa visão, ao entendimento de que o conflito entre normas internacionais e internas seguiriam as mesmas regras do direito interno. Assim, lei ordinária poderia revogar Tratado. Entretanto, vivemos hoje em um “Estado Constitucional cooperativo”, identificado por Peter Häberle, onde Estados estão abrindo suas Constituições para normas supranacionais. (MENDES, 2010, p. 809)

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a 'República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações'.

(...)

A segunda cláusula é aquela constante do §2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira 'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.

A terceira e a quarta cláusula foram acrescentadas pela emenda constitucional n. 45, de 8-12-2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que 'tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais', e 'o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão'. (MENDES, 2010, p. 810)

Portanto, em face da importância dos Tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, eles têm o poder de paralisar a eficácia jurídica de qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

2.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos.

No sentido explicitado no título encontra-se o atual posicionamento do STF, como se pode observar em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 466.343, negando seu provimento, recurso esse que trata da prisão civil do fiduciário infiel.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, 2009)

Para melhor entender a ementa acima faz-se necessário a explicação dada

por Mendes (2010, p. 818), trecho que também pode ser encontrado em seu voto dado no julgamento deste Recurso (MENDES, 2008):

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição e os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LVXII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7) mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria

...

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada....

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para a aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Jorge Miranda (2009, p. 142), mesmo antes da decisão, já defendia a valoração dos Tratados celebrados antes da Emenda:

A solução mais conforme com a *ratio* do § 3º impõe a sua aplicação retroativamente. Nem se compreenderia que os tratados anteriormente celebrados sobre direitos do homem, os mais importantes entre todos (como a Convenção Interamericana de São José da Costa Rica, os Pactos de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e de Direito Civil e Políticos ou as Convenções contra a Discriminação Racial, contra a Discriminação em Relação às Mulheres e contra a Tortura) não ficassem com idêntica força jurídica.

Mendes (2010, p. 813), que adota a teoria da supralegalidade, diz:

Por conseguinte, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar

a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipara-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

De toda forma, o legislador não fica impedido de submeter os tratados de direitos humanos aprovados antes da emenda 45/2004 ao procedimento especial de aprovação que nela consta, para conferir-lhe status de emenda constitucional. (MENDES, 2010, p. 819) Piovesan (2010, p. 79) divide esses em duas classes: os materialmente constitucionais e os materialmente e formalmente constitucionais. Para ela todos os Tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do artigo 5º § 2º da CF e a partir da emenda que trouxe o §3º do mesmo dispositivo, podem acrescer a qualidade de formalmente constitucionais se passarem pelo quorum legal.

Nesse sentido, Piovesan (2010, p. 78) tem entendimento igual considerando a nova interpretação dada pelo STF aos Tratados aprovados antes da emenda citada, como vemos no trecho:

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quorum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º.

Portanto, segundo esse entendimento, não apenas os Tratados que revogaram a prisão civil do fiduciário infiel, mas todos os Tratados de Direitos Humanos já ratificados pelo Brasil devem possuir status de norma supralegal, inclusive a Convenção 158 da OIT como veremos mais adiante.

2.3. Convenção 158 da OIT e sua aplicação no direito brasileiro.

Apoiado nessa teoria acredita-se que a Convenção da OIT em epigrafe pode

voltar a vigorar no Brasil. Mas, preliminarmente a essa discussão, faz-se necessário saber a história da conveção no país para compreender o porquê. Em 1992, por meio do Decreto Legislativo nº 68, foi aprovado o texto do Tratado e, em 1995, o Governo Brasileiro aderiu à Convenção 158 através do Decreto nº 1.855. Em 6 de janeiro de 1996 ela entrou em vigor, porém em 20 de dezembro do mesmo ano o próprio Presidente da República, por meio do Decreto nº 2.100 a retirou do nosso ordenamento jurídico.

Todavia, ela ainda repercute no Brasil. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625, interposta contra o decreto que a denunciou, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, a Corte não conheceu da ação, mas o relator, Ministro Maurício Corrêa, considerou a imprescindibilidade da intervenção do parlamento nos casos de denúncia unilateral de tratados. Para melhor entender essa teoria utiliza-se as sábias palavras de Joaquim Barbosa (2009), em seu voto dado à ADIn em referência:

Em sua visão, a competência outorgada ao Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados” incluiria não apenas “a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão”. Assim, somente outra norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento jurídico brasileiro os tratados, pois, em caso contrário, conceder-se-ia ao Presidente da República a prerrogativa de “derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei por esse último aprovado”. Do mesmo modo que a aprovação de tratados seria um ato complexo, a sua denúncia também o seria, devendo intervir o Parlamento. O voto de Sua Excelência concluiu pela declaração de interpretação conforme ao Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, para determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena. O voto foi acompanhado pelo ministro Carlos Britto.

Porém, houve entendimento diferente, com a interpretação dada ao princípio da separação dos poderes que vinha sendo aplicado no Brasil, o Chefe do Poder Executivo possui a competência para denunciar Tratados, sem intervenção do Congresso Nacional. No

Julgamento *Joaquim Barbosa pediu vista dos autos, e em 03 de junho de 2009 profere seu voto.*

Barbosa (2009) lembra em seu voto que a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade possui relação com outra ação direta julgada pelo STF: a ADI 1.480, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Como vemos na explicação dada sobre a mesma pelo Ministro:

Na ADI 1.480 discutiu-se a constitucionalidade do Decreto que incorporou ao direito brasileiro a Convenção 158 da OIT, que versava sobre o tema da despedida arbitrária. Por ocasião do julgamento da medida cautelar, o Tribunal, por maioria de votos, decidiu atribuir interpretação conforme ao texto da Convenção para entender que suas disposições não gozavam de auto-aplicabilidade. Antes, contudo, de ser apreciado o mérito da ação, o Governo Brasileiro procedeu à denúncia da dita Convenção na Organização Internacional do Trabalho, dela dando publicidade por meio do Decreto 2.100/1996. O ajuizamento da presente ação direta se insere exatamente nesse contexto. É de se lembrar, ainda, que após a denúncia da Convenção pelo Governo Brasileiro, o ministro Celso de Mello julgou extinta a ADI 1.480, baseando-se na sólida jurisprudência desta Corte de que os atos normativos objeto da ação direta – no caso, os decretos legislativo e executivo envolvidos no ato de incorporação da Convenção 158 ao ordenamento jurídico brasileiro – já haviam perdido sua eficácia. (BARBOSA, 2009)

Visão diferente se encontra na doutrina, como Mazzuoli e Piovesan, que defendem a aplicabilidade imediata dos Tratados de Direitos Humanos, em respeito ao disposto no art. 5º, § 1º da CF que garante às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicação imediata. Nas palavras de Piovesan (2010, pp. 35, 36, 85):

... no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1998 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçados a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e judiciário.

...

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata.

No mesmo sentido Mazzuoli (2006, p. 509):

... além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição, não prejudicar o status constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm, de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que virem a ser ratificados pelo nosso país no futuro. Isto porque a regra que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no §1º do art. 5º da constituição (verbis: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”), sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais) depois de aprovada pelo Congresso Nacional pelo quorum estabelecida no § 3º do art. 5º.

Souto Maior (2004, p. 123) vai além:

As normas expressas da Convenção 158 oferecem parâmetro para delimitar, com precisão, em que se constitui uma dispensa arbitrária e quais os seus efeitos jurídicos, em perfeita consonância com o que já prevê o ordenamento jurídico interno. ...

Assim, mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação, já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa ‘regulamentação’.

Com a discussão sobre a aplicação imediata vencida, resta o estudo sobre a supralegalidade da convenção da OIT 158. Como vimos em todo o estudo, a Convenção é um Tratado de Direitos Humanos e como tal merece tratamento igual ao de seus similares. Como o Tratado que proibiu a prisão do fiduciário infiel, essa Convenção da OIT deve ser elevada a supralegalidade e, dessa forma, deve ser restabelecida sua vigência no ordenamento jurídico Brasileiro, já que um decreto não é o instrumento legal adequado para se revogar uma norma supralegal.

Ora, se um Tratado de Direitos Humanos tem caráter de EC e os Tratados

aprovados antes da EC 45 são supralegais, ou seja, ocupam uma posição acima da lei e abaixo da Constituição na pirâmide de Kelsen, fica claro que eles não podem ser revogados por leis, ou decretos. Esse entendimento está apoiado no Voto do Ministro Joaquim Barbosa (2009), conforme observamos no trecho que segue:

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o *status* de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Todavia, outra discussão é levantada: pode o Executivo por meio de decreto denunciar Tratados, e aqui vê-se o todo e não só Tratados de direitos humanos, como já visto, nas palavras de Barbosa (2009), ele entende que não pode. Para melhor compreender essa questão faz uso das palavras de Mazzuoli (2006, p. 148), doutrinador que também possui esse entendimento:

... Para nós da mesma forma que o governo necessitou da anuência do Congresso Nacional para ratificar o tratado, deveria solicitar a este uma autorização para a denúncia. Com isto se respeita o paralelismo que deve existir entre os atos jurídicos de assunção dos compromissos internacionais com aqueles relativos à sua denúncia. Trata-se de observar o comando constitucional segundo o qual todo poder emana do povo, incluindo-se nesta categoria também o poder de denunciar tratados. Admitir que o Poder Executivo denuncie tratados sem a anuência do Congresso Nacional é permitir que o governo possa, unilateral e discricionariamente, revogar lei também elaborada pelo Parlamento, uma vez que o tratado em vigor no plano interno compõe o acervo normativo nacional (ou seja integra o nosso direito positivo), não podendo ser revogado por ato exclusivo do Poder Executivo.

Perante todo o exposto, a nota-se um enquadramento da Convenção 158 da OIT nos mesmas condições vistas no julgamento pelo STF ao RE 466.343, que tratava da

prisão civil do fiduciário infiel, e como consequência pode chegar ao retorno da Convenção da OIT 158 ao ordenamento brasileiro. Tornando assim, o decreto presidencial que denunciou a Convenção, inconstitucional, pois o esse Tratado de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil antes da EC 45/04 contem todas as características necessárias para ser declarado supralegal, nos mesmos termos do Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que foram elevados ao status supralegal.

Ou seja, o decreto do Chefe do Poder Executivo não será capaz de revogar uma norma de hierarquia superior, portanto um decreto que se encontra hierarquicamente abaixo das leis não poderá revogar uma norma supralegal, como é o caso. E ainda cabe salientar que segundo entendimento de Barbosa (2009) para se denunciar um Tratado Internacional deve-se obedecer mesma regra para sua aprovação, então para tanto precisa da votação do Congresso Nacional, que é composto pelos representantes do Povo e portanto representam sua opinião.

CONCLUSÃO

Os Tratados de Direitos Humanos vêm ganhando um papel cada vez mais importante em nossa sociedade globalizada, principalmente em nosso país. O Brasil, em busca de maior espaço nas instituições internacionais e, ainda querendo maior respeito pelos outros países do mundo, se preocupa muito com sua imagem. E a melhor maneira de aprimorar a visão das outras nações em relação ao nosso país é respeitando as regras internacionais convencionadas entre eles, em instituições em que fazem parte. Como visto ao longo desse estudo, a participação na OIT e adoção de suas convenções é um exemplo disso.

O Brasil, membro da OIT desde sua criação, participou da elaboração das convenções, entretanto, isso não implica na adoção imediata dos tratados no campo legal brasileiro. Como estudado a adoção das convenções depende de aprovação nas casas legislativas do país, e sanção presidencial. Contudo a não implementação das regras convencionadas podem gerar retaliação por parte dos Estados e organizações internacionais, ou seja, o Brasil pode ser penalizado tanto em forma de sanções das OI, ou com uma depreciação de seu status com outros países. Portanto deve o Brasil assinar os Tratados a fim de manter boas relações com seus pares.

Em especial se tratando de um Tratado de Direitos Humanos, como é o caso em apreço, pelo fato do objeto da convenção 158 da OIT ter natureza trabalhista, protegendo o empregado em seu labor, esta deve ser levada a um patamar superior. Pois como visto nesse estudo a garantia no emprego tem essência de direitos humanos, esse entendimento encontra-se pacificados na doutrina e jurisprudência pátria, e internacional, tendo em vista o mundo regido por uma economia capitalista, onde para sobreviver de forma digna o homem deve

conseguir, por meio de seu trabalho, dinheiro para seu sustento.

Conforme mencionado, a convenção 158 teve vigência no Brasil por pouco tempo, aprovada pelo congresso com quorum simples, entrou em vigor no país, porém não teve aplicação, sendo revogado por meio de um decreto presidencial mais ou menos um ano depois. Desde então encontrava-se fora do âmbito de discussão jurídica, até que em 2004 a Emenda Constitucional 45 qualificou o quorum e elevou os Tratados de Direitos Humanos a status de Emendas constitucionais. Com o novo entendimento do STF, que garantiu a suprallegalidade às Convenções de Direitos Humanos assinadas antes da Emenda 45/04, a 158 da OIT voltou a ser discutida.

Cabe ressaltar que a suprallegalidade, conferida aos Tratados de Direitos Humanos pelo STF no julgamento do Tratado que disciplinava o fim da prisão civil do fiduciário infiel, é, na verdade, uma valorização dessas convenções a fim de respeitar o entendimento delas pelos legisladores brasileiros, que nada mais são do que os representantes do povo. Assim as Convenções de Direitos Humanos assinadas antes da emenda 45/04, ou seja, que não tiveram aprovação por quorum especial, devem ser colocadas no direito brasileiro acima das leis, porém abaixo da Constituição e suas emendas, não impedindo uma posterior aprovação por quorum de três quintos para se tornarem Emendas Constitucionais.

Então, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade do decreto que denunciou a convenção, pode o STF decretar a volta desta ao direito Brasileiro. Esse entendimento citado acima foi conferido em julgamento de outro Tratado de Direitos Humanos, que foi denunciado de forma parecida com a convenção 158. Enquanto a convenção foi retirada do mundo jurídico por meio de um decreto presidencial, o Tratado foi excluído por uma lei. Portanto, se para o STF uma lei não pode denunciar um Tratado de Direitos Humanos

aprovado antes da EC 45/04, fica claro que um decreto, que se encontra abaixo das leis na pirâmide de Kelsen, também não poderia denunciar uma Convenção de Direitos humanos.

Ademais, quando tiver voltado ao sistema jurídico brasileiro, ela poderá ter aplicação imediata. Pois, como visto no estudo aqui realizado, grande parte da doutrina já entende dessa forma, uma vez que existem normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de regular corretamente a convenção. Portanto concluímos que a Convenção 158 deva ser considerada supralegal e retornar a vigor com força imediata para assim assegurar aos trabalhadores a segurança em seus empregos.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Joaquim. 2009. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625-3, ADIn 1.625-3. s.l. : STF, 2009.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. 2010. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. [A. do livro] Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho. *Direitos humanos e direitos do trabalho*. São Paulo : Atlas S.A., 2010.

GURGEL, Yara Maria Pereira. 2010. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo : LTr, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2004. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. [ed.] Nelson Mannrich. *Revista de direito do trabalho*. n. 116, 2004, ANO 30, pp. 110 - 125.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2006. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. 2010. *Curso de Direito Constitucional*. 5°. São Paulo : Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. 2008. Recurso Extraordinário 466.343, RE. 466.343: STF 2009

MIRANDA, Jorge. 2009. *Curso de Direito Internacional Público*. 4°. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

MRE. 2011. Convenção de Havana sobre tratados. *MRE*. [Online] Ministério das Relações Exteriores, 2011. [Citado em: 09 de Junho de 2011.] <http://www2.mre.gov.br/dai/tratados.htm>.

ONU. 2011. Convenção de Vienna sobre tratados. *UN*. [Online] ONU, 2011. [Citado em: 09 de junho de 2011.] Tradução nossa. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

—. **2011.** Declaração Universal dos Direitos Humanos. *UN*. [Online] 2011. [Citado em: 2 de Agosto de 2011.] Tradução nossa. <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a23>.

PIOVESAN, Flávia. 2010. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos

internacional e constitucional. [A. do livro] Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo : Atlas S.A., 2010.

—. **2010.** *Direitos Humanos e o Direitos Constitucional Internacional*. 11. São Paulo : Saraiva, 2010.

RESENDE, Renato de Sousa. 2010. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. [A. do livro] Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho. *Direitos Humanos e direito do trabalho*. São Paulo : Atlas S.A., 2010.

REZEK, José Francisco. 2008. *Direito Internacional Público*. São Paulo : Saraiva, 2008.

STF. 2009. [Online] 05 de junho de 2009. [Citado em: 24 de agosto de 2011.] <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>.